

COUR CIVILE

Audience préliminaire du juge instructeur
du 30 juin 2009

Présidence de M. HACK, juge instructeur
Greffier : M. Peissard

Cause pendante entre :

J._____

(Me J. Anex)

et

A.W._____

- Du même jour -

Statuant immédiatement à huis clos sur la réquisition de jugement par défaut présentée par la demanderesse,

le juge instructeur,

considérant que la défenderesse a été régulièrement assignée à l'audience de ce jour par citation à comparaître publiée dans la Feuille des avis officiels du 3 février 2009,

qu'elle n'a pas comparu, ni personne en son nom,

que, proclamée par l'huissier plus d'une heure après celle fixée pour sa comparution, elle a persisté à faire défaut, sans qu'il soit porté à la connaissance du juge instructeur qu'elle ait été empêchée de comparaître pour une cause majeure au sens de l'art. 305 al. 2 CPC,

vu les art. 305 al. 1 CPC et 306 al. 1 CPC,

décide

de passer au jugement par défaut.

Appliquant l'art. 306 al. 2 CPC, aux termes duquel les faits allégués par la partie présente sont réputés vrais dans la mesure où le contraire ne résulte pas du dossier, le juge instructeur considère :

En fait :

1. La demanderesse J._____ est un établissement de droit public cantonal [...] exploitant une banque, dont le siège est à [...].

Par convention du [...], elle a repris la totalité des actifs et passifs de la F._____, puis a fusionné avec le L._____ le [...], reprenant toutes les relations contractuelles.

2. La défenderesse A.W._____ exerçait à la fin des années 1980 la profession d'esthéticienne et la banque estimait son gain annuel à 50'000 francs.

Elle était l'épouse de B.W._____, chef de succursale pour une grande banque, qui réalisait un salaire annuel, toujours à la même époque et selon les estimations de la défenderesse, de plus de 107'000 francs.

3. La F._____ a accordé à la défenderesse un crédit de 580'000 pour financer l'achat d'un appartement en propriété par étages à [...]. Le 4 août 1988, B.W._____ s'est porté caution solidaire de la défenderesse envers la banque pour ce prêt, à hauteur de 600'000 fr., par acte en brevet n° 171 du notaire [...], à [...]. Ce document, signé de l'officier public, de la défenderesse et de son mari B.W._____, incorpore un "acte de crédit avec cautionnement solidaire" sur formule préimprimée de la banque.

Par convention signée le 5 août 1988, la F._____ a accordé à la défenderesse un prêt hypothécaire de 480'000 fr. au taux de 5 % l'an net, l'amortissement du capital étant fixé au taux initial de 1 % l'an, garanti par une cédule hypothécaire en 1^{er} rang au nominal de 480'000 fr. "grevant des immeubles au territoire de la commune de [...]".

Par acte de crédit avec constitution de droit de gage du même jour, la défenderesse a contracté un prêt de 100'000 fr. auprès de la même banque, savoir un crédit en compte courant au taux de 5 ¼ % l'an sur le solde débiteur le plus élevé, garanti par le "nantissement d'une cédule hypothécaire" au porteur, de 100'000 fr., grevant les parcelles n° 4745 et 4749 de la commune de [...].

Le même jour encore, la défenderesse a signé un acte aux termes duquel elle confirme avoir reçu un exemplaire des conditions en vigueur régissant ses rapports avec la F._____, après en avoir pris connaissance. Ces conditions prévoyaient un droit de gage et de compensation général au profit de la banque (art. 8), ainsi que le droit pour cette dernière de résilier en tout temps et immédiatement ses relations d'affaires (art. 11) ; elles fixaient le for de toute contestation à Lausanne et stipulaient l'application du droit suisse aux relations juridiques entre la banque et son client (art. 15).

4. Après la reprise des actifs et passifs de la F._____ par la demanderesse, les crédits de la défenderesse ont pris les numéros suivants : 579.26.57 (compte de crédit hypothécaire) et 331.82.07 (compte de crédit en compte courant).

Par acte du 14 octobre 1994 contresigné pour accord de la défenderesse et de son mari le 28 octobre 1994, la demanderesse a confirmé les conditions du crédit hypothécaire, qui étaient les suivantes :

Capital dû : fr. 472'918.65 (...)
Taux : 5 $\frac{3}{4}$ % l'an net, variations ultérieures réservées
Amortissement : sans, durant 5 ans, refaire le point au 31.07.1999
Garantie : - Cession en propriété d'une cédule hypothécaire, au porteur, 1^{er} rang de fr. 480'000.--, grevant appartement en PPE sis à [...], ch. de [...], parcelle No. 1267
- Cautionnement solidaire à concurrence de fr. 600'000.-- de M. B.W._____ (...)."

Par acte du 14 octobre 1994 contresigné pour accord de la défenderesse et de son mari le 28 octobre 1994, la demanderesse a confirmé les conditions de son compte courant débiteur, qui étaient les suivantes :

Nominal : fr. 100'000.-- (...)
Taux : 6 $\frac{3}{4}$ % l'an sur fr. 100'000.--, variations ultérieures réservées
"Le dépassements de limite de crédit autorisée seront majorés d'un taux pouvant atteindre 3 % de plus que le taux du marché"
+ $\frac{1}{4}$ % commission trimestrielle sur le solde débiteur le plus élevé

Amortissement : fr. 2'000.-- par trimestre, la première fois le 31.03.1995

Garantie :

- Cession en propriété d'une cédule hypothécaire, au porteur, 2^{ème} rang de fr. 100'000.--, grevant appartement en PPE sis à [...], Ch. de [...], parcelle No. 1267, après 1^{er} rang [...] de fr. 480'000.--
- Cautionnement solidaire à concurrence de fr. 600'000.-- de M. B.W. _____ (...)
- Nantissement (...) d'une police d'assurance (...)
- Cession du produit de la location de la PPE, sise à [...] (...), à concurrence de fr. 2'050.-- par mois

(...)."

Le 28 octobre 1994, la défenderesse et son époux ont signé un "acte de cession en propriété et à fin de garantie d'un titre hypothécaire", en faveur de la demanderesse, pour une cédule hypothécaire en 2^{ème} rang de 100'000 fr. grevant l'immeuble n° 167 de [...]. Cet acte comprend la mention que les "soussignés" reconnaissent que les "conditions spéciales figurant au verso, de même que les conditions générales de la J. _____", dont ils ont pris connaissance, leur sont applicables. Dites conditions générales sont celles éditées en 1992, dont les articles 9 et 11 ont la même teneur que ceux publiés dans la Feuille des avis officiels évoqués ci-dessous, et dont l'article 13 prévoit un for élu à Lausanne, ainsi que l'application du droit suisse aux relations juridiques du client avec la banque. La défenderesse et son mari ont remis à la demanderesse les cédules de 480'000 fr. et 100'000 francs.

5. Par publication dans la Feuille des avis officiels du 24 novembre 1995, la demanderesse a avisé tous les clients du L. _____ qu'elle les soumettait à ses propres conditions générales dès le 31 décembre 1995, sauf protestation écrite dans le délai d'un mois dès la publication. La défenderesse n'a jamais formulé d'opposition à ces conditions.

Sous la rubrique "Résiliation des relations d'affaires", l'article 11 des conditions générales de la J. _____ (parues dans la FAO qui précède) prévoit ce qui suit :

"Le client comme la Banque est en droit de dénoncer ses relations d'affaires en tout temps. La Banque peut en particulier annuler des crédits ou engagements promis ou

accordés. Ce n'est qu'après remboursement intégral, en capital et intérêts, des sommes dues que les relations seront considérées comme définitivement closes".

L'article 9, troisième paragraphe (sous le titre "Comptes courants"), de ces conditions stipule notamment qu'à "défaut d'une réclamation présentée dans le délai d'un mois, les extraits de comptes sont tenus pour approuvés, cela conformément à la déclaration figurant sur chaque relevé de compte". L'article 13 prévoit encore que le for de "tous genres de procédure" est à Lausanne.

6. La demanderesse a régulièrement communiqué à la défenderesse les taux d'intérêts pratiqués sur les crédits octroyés, ainsi que des relevés périodiques de ses comptes. La défenderesse n'a jamais contesté ou critiqué ces relevés.

La défenderesse n'a pas respecté les conditions de remboursement des amortissements et intérêts convenus sur les prêts repris par la demanderesse, qui lui a adressé, ainsi qu'à son mari, des mises en demeure et sommations.

7. Le prêt hypothécaire sous compte n° 579.26.57 de la défenderesse présentait un solde de 472'918 fr. 65 en faveur de la demanderesse le 31 janvier 1998. Le compte courant n° 331.82.07 de la défenderesse auprès de la demanderesse avait un solde débiteur de 85'376 fr. 35 le 30 avril 1998. Une expertise effectuée dans une autre cause impliquant la mise en œuvre de l'époux de la défenderesse comme caution solidaire, et produite comme pièce dans la présente espèce, confirme les montants ci-dessus.

8. Par courriers recommandés et sous plis simples de contenus identiques sauf les dates des sommations, envoyés à la défenderesse à deux adresses différentes les 20 mai et 4 juin 1998, la demanderesse a résilié les deux comptes de celle-ci. La seconde de ces lettres est libellé comme il suit :

"Vos compte courant No 331.82.07, prêt hypothécaire N. 579.26.57

(...)

Les clauses contractuelles de nos compte et prêt n'étant plus respectées, nous annulons nos crédits, avec effet immédiat et faisons valoir l'exigibilité des soldes de vos compte et prêt.

Nous dénonçons au remboursement :

a) la cédule hypothécaire No 474'836 du RF de [...], du capital de Fr. 100'000.--

Le montant de notre créance étant inférieur à cette somme, nous vous mettons donc en demeure de nous faire parvenir, d'ici au **15 juin 1998**, le montant de Fr. 85'376.35 représentant le solde de votre compte au 30 avril 1998, valeur 31 mars 1998, date de son dernier boucllement, plus intérêt au taux de 6,75 % (pour un montant de Fr. 74'000.--), 8,25 % et commission trimestrielle de ¼ %, courant tous trois dès le 1^{er} avril 1998.

b) la cédule hypothécaire No 445'344 du R F de [...], du capital de Fr. 480'000.--

Le montant de notre créance étant inférieur à cette somme, nous vous mettons donc en demeure de nous faire parvenir, d'ici au **15 décembre 1998**, le montant de Fr. 472'918.65 représentant le solde de votre prêt hypothécaire, valeur 31 janvier 1998, plus intérêt au taux de 5,75 % dès le 1^{er} février 1998.

(...)"

La défenderesse et son mari n'ont donné aucune suite aux mises en demeure de la demanderesse et ne lui ont rien remboursé.

9. La défenderesse n'a pas formé opposition au commandement de payer de la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 679139 qui lui a été notifié le 29 janvier 1999 par l'Office des poursuites de [...] à l'instance de la demanderesse, à hauteur de 580'000 fr. et accessoires.

10. Les parts de propriété par étages grevées appartenant à la défenderesse ont été vendue aux enchères forcées le 16 juin 2000. L'office a remis à la demanderesse deux certificats d'insuffisance de gage datés du 20 décembre 2000, pour une insuffisance de 305'166 fr. 75 s'agissant de la cédule hypothécaire en 1^{er} rang de 480'000 fr. et une insuffisance de 27'450 fr. 45 pour la cédule en 2^{ème} rang de 100'000 francs.

Par deux courriers adressés personnellement à la défenderesse et à son époux caution solidaire le 16 mai 2001, la

demanderesse a mis en demeure ses débiteurs de lui faire parvenir les sommes constatées dans les certificats d'insuffisance de gage ou de faire des propositions de remboursement, avant le 31 mai 2001. La défenderesse et son mari n'y ont donné aucune suite et n'ont jamais remboursé quoi que ce soit depuis la réalisation des gages.

B.W._____ conteste toute obligation, en sa qualité de caution, à l'égard de la demanderesse, dans le cadre d'une procédure ouverte par cette dernière contre lui auprès de la Cour civile. La police d'assurance qu'il a remise en nantissement à la banque est une police risque pur, sans valeur de rachat, et la demanderesse n'a pu la faire réaliser.

11. D'autres faits allégués et admis ou prouvés, mais sans incidence sur la solution du présent procès, ne sont pas reproduits ci-dessus.

12. Au pied de sa demande du 4 septembre 2006, J._____ a pris la conclusion suivante :

"Fondée sur ce qui précède, la demanderesse J._____ a l'honneur de conclure, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise à la Cour civile de prononcer et ordonner par jugement que la défenderesse A.W._____ est reconnue sa débitrice et lui doit paiement immédiat de la somme de Fr. 305'166.75 plus intérêt à 5,75 % l'an dès le 16.6.2000 et de Fr. 27'450.45 plus intérêt à 7,75 % l'an dès le 16.6.2000."

La demande a été notifiée à la défenderesse à West Palm Beach (USA), par voie diplomatique. Le Consulat a échoué à faire notifier la citation à comparaître à l'audience préliminaire, fixée dans un premier temps au 17 mars 2009. La demanderesse ayant transmis une nouvelle adresse à Miami (USA), le Consulat a été chargé de notifier la citation à l'audience de ce jour, destinée à la défenderesse, tant à son adresse à West Palm Beach qu'à celle de Miami. Ces deux notifications ont échoué, la défenderesse ne résidant à aucune de ces adresses.

La citation à comparaître a donc été publiée dans la Feuille des avis officiels, la défenderesse étant sans domicile connu, malgré les recherches de la demanderesse.

En droit :

I. Le domicile de la défenderesse se situait aux Etats-Unis d'Amérique au moment où la demande lui a été notifiée et s'est maintenu pour la suite de la procédure dans ce pays ou au Canada, aux dires de la demanderesse. Cet élément d'extranéité soulève la question de la compétence du juge de céans et du droit applicable au litige, qui doit être examinée d'office (art. 6 et 57 CPC et art. 16 LDIP).

a) Il n'existe pas de convention avec les Etats-Unis, domicile déterminant au moment de l'ouverture d'action selon le principe de la *perpetuatio fori* (Bucher/Bonomi, Droit international privé, 2^e éd. n. 83), réglant la question de la compétence, de sorte que la LDIP (loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 - RS 291) s'applique (art. 1 al. 2 LDIP).

L'art. 5 LDIP permet aux parties d'évincer, en matière patrimoniale, un for ordinaire ou spécial au bénéfice du for qu'elles ont choisi, pourvu que la convention soit passée en la forme écrite ou par un moyen de communication écrit (Dutoit, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, nn. 1 et 6 ad art. 5 LDIP). Si le contrat contenant la clause d'élection de juridiction fait l'objet d'une cession, les règles ordinaires sur la transmission des créances et des obligations conduisent à admettre le jeu de la clause au profit ou à l'encontre du cessionnaire (Gaudemet-Tallon, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, 2^e éd., pp. 97 s. ; Bucher/Bonomi, op. cit., n. 124).

En l'espèce, le jour même où la défenderesse a conclu les deux contrats de crédit, l'un hypothécaire, l'autre en compte courant, garantis par des cédules sur ses biens immobiliers, elle a signé une déclaration attestant qu'elle avait pris connaissance des conditions générales de la F._____. L'article 15 de ces conditions prévoit une élection de juridiction à Lausanne, de sorte que les parties sont valablement liées par cette clause, la demanderesse ayant repris le contrat de la banque originaire.

Les nouvelles conditions générales de la demanderesse sont applicables à la relation entre les parties, en ce qui concerne les créances relatives à la cédule de 100'000 fr. en 2^{ème} rang, vu la cession à fin de garantie du 28 octobre 1994. Ces nouvelles conditions générales (art. 13) ont une rédaction pratiquement identique aux anciennes sur ce point, avec un for élu à Lausanne.

Les clauses de prorogation de for précitées étant valables, les tribunaux vaudois sont compétents pour juger des prétentions dirigées contre la défenderesse, et plus particulièrement la Cour civile, compte tenu de la valeur litigieuse (art. 74 OJV).

b) En matière contractuelle, l'art. 116 LDIP prévoit que le contrat est régi par le droit choisi par les parties (al. 1). L'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances (al. 2). Pour qu'il y ait élection de droit, la volonté d'accord des parties doit être clairement reconnaissable ou résulter indubitablement des circonstances, en ce sens que celles-ci ont vu qu'il existait un problème de droit applicable et qu'elles ont exprimé leur choix de façon manifeste (Dutoit, op. cit., n. 2 ad art. 116 LDIP ; ATF 119 II 173 cons. 1b, JT 1994 I 115 et les références citées). En principe, une élection de droit peut être contenue dans des conditions générales, pour autant que celles-ci soient valables et que l'élection du droit ne soit pas exclue pour le contrat considéré (Dutoit, op. cit., n. 12bis ad art. 116 LDIP).

A défaut d'élection de droit (art. 116 LDIP), le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits (art.

117 al. 1er LDIP). Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement (art. 117 al. 2 LDIP). S'agissant d'un contrat de prêt, la prestation caractéristique est la remise de fonds, soit celle fournie par le prêteur (art. 117 al. 3 litt. b LDIP ; Dutoit, op. cit., n. 12 ad art. 117 LDIP ; ATF 78 II 190, c. 1, JT 1953 I 22 ; ATF 123 III 495 cons. 3a).

En l'espèce, les clauses citées ci-dessus (sous ch. I.a) comportaient, avec la prorogation de for, une élection de droit en faveur du droit suisse. Celui-ci doit donc s'appliquer pour juger du litige. On relèvera que tel eût été le cas en l'absence de convention, puisque la demanderesse, prêteur, a fourni la prestation caractéristique du contrat, a son siège en Suisse et est constituée selon le droit [...], de même que la banque (la F. _____) à qui elle a succédé. En outre, les prêts ont été octroyés en monnaie suisse, à une époque où la défenderesse résidait encore en Suisse, et étaient garantis par des cédules hypothécaires grevant des immeubles sis en Suisse (à [...]).

II. La demanderesse a pris des conclusions en paiement contre la défenderesse. Les montant réclamés correspondent aux découverts constatés sur les certificats d'insuffisance de gage du 20 décembre 2000, de sorte qu'elle exerce en justice l'action déduite de ses créances abstraites, autrement dit celles incorporées à l'origine dans les deux cédules hypothécaires grevant les immeubles propriétés de la défenderesse.

a) Aux termes de l'art. 842 CC, la cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier. En principe, sa constitution éteint par novation l'obligation dont elle résulte (art. 855 al. 1^{er} CC) et donne naissance à une créance nouvelle, à savoir la créance résultant de la reconnaissance de dette exprimée dans le titre, laquelle est abstraite, en ce sens qu'elle n'énonce pas sa cause (art. 17 CO). Il y a ainsi

novation, la nouvelle créance née de la constitution de la cédule prenant la place de l'ancienne (Steinauer, Les droits réels, t. III, 3^{ème} éd., nn. 2932 s.). Cette règle est toutefois de droit dispositif (art. 855 al. 2 CC) et les parties peuvent convenir d'une juxtaposition des deux créances. La jurisprudence distingue alors la créance abstraite garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédule hypothécaire dont le créancier est propriétaire et la créance causale résultant de la relation de base, en général un prêt, pour laquelle la cédule a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. La créance abstraite constatée dans la cédule est alors destinée à doubler la créance causale aux fins d'en faciliter et d'en garantir le recouvrement. Seule la créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire et garantie par gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, tandis que la créance causale peut faire l'objet d'une poursuite ordinaire (TF, 11 octobre 2001, arrêt 7B.175/2001, c. 1a ; ATF 119 III 105 c. 2a et les réf. citées, JT 1996 II 115, SJ 1994 149 ; Steinauer, op. cit., n. 2933e).

La remise d'une cédule hypothécaire en garantie fiduciaire implique nécessairement la renonciation des parties à la novation, ainsi que la juxtaposition de la créance incorporée et de la créance garantie, dès lors que le but des parties est de garantir la seconde et non de la substituer par la première (Steinauer, op. cit., n. 2933f ; Foëx, Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires, *in* Les gages immobiliers, Constitution volontaire et réalisation forcée, pp. 113 ss, spéc. pp. 124 s.).

b) La cédule hypothécaire est un papier-valeur – certes atypique (ATF 129 III 12 c. 3.2) – incorporant une créance personnelle et un droit de gage immobilier qui garantit celle-ci (art. 842 CC).

Le transfert de la propriété d'une cédule hypothécaire et des droits qui y sont incorporés peut s'effectuer de deux manières. Le titulaire de la cédule et l'acquéreur peuvent convenir que la cédule sera transférée sans réserve à ce dernier ou que la cédule ne lui sera transférée qu'à titre fiduciaire, aux fins de garantir une autre créance dont l'acquéreur est

titulaire. Dans le premier cas, on parle de transfert "en pleine propriété" de la cédule hypothécaire : il y a utilisation directe de la cédule et le transfert est direct. Dans le second cas, on parle de transfert de propriété aux fins de garantie : la sûreté procure au bénéficiaire une garantie fiduciaire (Foëx, op. cit., pp. 115 et 116). La remise d'une cédule hypothécaire aux fins de garantie peut revêtir deux formes : soit la cédule est d'emblée créée pour être remise à titre fiduciaire, soit la cédule existe déjà et elle est transférée aux fins de garantie (Foëx, op. cit., p. 121). Le créancier qui reçoit une cédule hypothécaire au porteur (cf. art. 842 et 859 CC) comme cessionnaire - soit en pleine propriété, soit à titre fiduciaire - devient donc titulaire de la créance et du droit de gage immobilier incorporés dans le papier-valeur (TF, 27 mai 2005, arrêt 5C.11/2005, c. 3.1).

Néanmoins, comme tous les actes juridiques fiduciaires, le transfert de la propriété aux fins de garantie a cette particularité que le fiduciaire peut plus que ce qui lui est permis. La légitimation selon le droit des papiers-valeurs lui permet de se présenter à l'égard des tiers comme le titulaire absolu des droits incorporés. Or, en raison de la convention de garantie, il est obligé envers le fiduciaire de ne faire usage de cet excès de la faculté de disposer juridiquement que dans le cadre convenu (ATF 119 II 326 c. 2b, JT 1995 II 87). En d'autres termes, lorsqu'une cédule hypothécaire fait l'objet d'un transfert de propriété aux fins de garantie, le fiduciaire acquiert la propriété du titre et la titularité des droits incorporés tout en conservant la ou les créances de base résultant par exemple d'un contrat de prêt, mais il s'oblige simultanément à n'exercer les droits ainsi acquis que dans les limites de ce qu'exige le remboursement de la ou des créances garanties (Foëx, op. cit., pp. 121 s.). La convention fiduciaire implique nécessairement un *pactum de non petendo* portant sur la créance cédulaire dont la poursuite n'est pas nécessaire pour garantir le remboursement des créances. Ce pacte constitue une exception que le débiteur peut opposer au créancier garanti, en vertu de l'art. 872 CC, si ce dernier prétend se faire payer l'intégralité de la créance cédulaire (Cour de Justice GE, in RSJ 2005 p. 430, c. 3.1 et 3.2 ; CPF, 30 octobre 2003, arrêt n° 379 ; Staehelin, Basler Kommentar, 3^{ème} éd., n. 22 ad art. 855 CC). Il

appartient au débiteur d'établir que la créance causale est inférieure à la créance abstraite et dans quelle mesure, à titre de fait libératoire (art. 8 CC).

Dans un tel cas, le créancier de la créance abstraite n'a droit au capital et intérêts sur celle-ci qu'à concurrence du capital et des intérêts conventionnels de la créance causale. La créance abstraite sert donc de plafond. Si la créance causale est d'un montant supérieur, en cas de poursuite, la mainlevée provisoire ne peut être accordée qu'à concurrence de la créance abstraite ; en revanche, si la créance causale est d'un montant inférieur, le poursuivi dispose d'un moyen libératoire pour autant que le montant de la créance causale soit établi par pièces. Dans cette hypothèse, la mainlevée provisoire ne pourra être accordée qu'à concurrence de la créance causale (Denys, Cédule hypothécaire et mainlevée, *in* JT 2008 II 3, spéc. § 9.4, p. 16).

c) Pour que l'acquéreur à titre fiduciaire d'une cédule hypothécaire puisse engager une poursuite en réalisation de gage immobilier, il faut que soient exigibles aussi bien la créance incorporée dans le titre – par la dénonciation préalable de la cédule hypothécaire – que la créance garantie – par la dénonciation du contrat de prêt (Foëx, *op. cit.*, p. 126 ; Denys, *op. cit.*, §§ 8.1 ss et § 9.3, pp. 12 ss).

L'art. 844 al. 2 CC, qui règle cette question, dispose que, sauf stipulation contraire, la cédule hypothécaire ne peut être dénoncée, par le créancier ou le débiteur, que six mois d'avance et pour le terme usuel assigné au paiement des intérêts. Les parties peuvent donc disposer de ce délai, en le modifiant ou en excluant pour un certain temps le droit à la dénonciation. Selon l'art. 844 al. 3 CC, le droit cantonal peut restreindre à ce sujet la liberté des parties, faculté dont le canton de Vaud n'a pas fait usage (Steinauer, *Les droits réels*, tome III, 3^e éd., nn. 2943 ss ; Piotet, *Traité de droit privé suisse*, vol. I, t. II, *Droit cantonal complémentaire*, nn. 952 ss).

La jurisprudence précise que des conventions séparées, par exemple contenues dans des conditions générales auxquelles le contrat particulier renvoie, peuvent modifier les délais et termes de dénonciation mentionnés sur la cédule, même lorsque le titre remis à titre de garantie prévoit une possibilité semestrielle de dénonciation (sous réserve de la protection de l'acquéreur de bonne foi) ; il n'est pas nécessaire qu'une telle convention soit passée en la forme authentique, et la créance découlant de la cédule hypothécaire doit alors être dénoncée en fonction de la relation interne des parties (ATF 123 III 97, c. 2, JT 1998 I 57).

En vertu de l'art. 906 al. 1^{er} CC, seul le propriétaire d'une créance engagée peut la dénoncer au remboursement ou en opérer le recouvrement. Ainsi, le créancier qui dispose d'une cédule au porteur comme cessionnaire soit en pleine propriété, soit à titre fiduciaire, est habilité à dénoncer la créance au remboursement et, le cas échéant, introduire une poursuite en réalisation de gage immobilier, contrairement au créancier uniquement nanti de la cédule (TF, 27 mai 2005, arrêt 5C.11/2005, c. 3.1).

Il existe une controverse sur le point de savoir si la créance en poursuite doit être exigible au jour de la réquisition de poursuite ou s'il suffit qu'elle le soit au jour de la notification du commandement de payer (TF, 11 décembre 2001, arrêt 5P.333/2001, c. 3b). Avec une partie de la doctrine, il convient de s'en tenir à la règle selon laquelle la créance doit être exigible au jour du dépôt de la réquisition de poursuite (CCiv, 21 mai 2008, 62/2008/PMR, c. III.d ; Denys, op. cit., § 8.2, pp. 13 s. ; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, nn. 69 et 95 95 ad art. 82 LP; *contra* : Favre/Liniger, Cédules hypothécaires et procédure de mainlevée in SJ 1995 pp. 101 ss, spéc. 107 ; Schmidt, Commentaire romand, n. 25 ad art. 82 LP, pour qui seule la notification du commandement de payer devrait compter).

d) En l'espèce, deux contrats de prêt ont été conclus entre la défenderesse et la F. _____ le 5 août 1988. Le premier, de 480'000 fr., stipule qu'une cédule de même montant devait "garantir" le prêt. Le

second contrat, pour un emprunt de 100'000 fr., stipule qu'il serait garanti par le nantissement d'une cédule du même montant. Les parties ont donc entendu créer un rapport de droit double comprenant des créances causales - la relation personnelle dérivant du contrat de prêt - et des créances abstraites incorporées dans des cédules ; il n'y a ainsi pas eu novation. S'agissant du prêt de 480'000 fr., la cédule devait clairement être remise à titre fiduciaire, alors que pour le second les parties originaires se sont servies du terme de "nantissement". On ignore toutefois ce qui s'est passé concrètement, mais cela n'a pas d'importance, dans la mesure où la défenderesse et la demanderesse directement ont mis à jour leurs relations par deux lettres du 14 octobre 1994 contresignées de toutes les parties. Ces courriers prévoient la "cession en propriété" des deux cédules, ce qui a été fait. L'acte de cession à fin de garantie du 28 octobre 1994 concernant la cédule en 2^{ème} rang de 100'000 fr. confirme que les parties ont procédé à une cession fiduciaire.

La défenderesse avait entre-temps fusionné avec la F._____, avec effet au 30 novembre 1993, ce qui a entraîné la reprise des actifs et passifs de cette banque, donc également les deux contrats litigieux.

Elle a dénoncé au remboursement à la fois les créances abstraites et causales le 4 juin 1998, puisqu'elle a précisé "faire valoir l'exigibilité des comptes et des prêts", ce qui se réfère à la relation personnelle, avant de mettre explicitement en demeure la défenderesse de lui rembourser les montants figurant dans les cédules, ramenés au montant inférieur prétendu de ses créances. Les conditions générales tant de la F._____ que de la demanderesse autorisent une dénonciation immédiate des relations d'affaires, de sorte que la J._____ n'avait pas à respecter le préavis de six mois de l'art. 844 CC.

Titulaire de la créance abstraite valablement dénoncée et possesseur des cédules, la demanderesse pouvait donc poursuivre la défenderesse en réalisation de gage. Il appartenait à la débitrice de faire valoir d'éventuelles exceptions, notamment quant aux montants en cause, ce qu'elle n'a fait ni dans une procédure de mainlevée qui n'a pas eu lieu

faute d'opposition, ni par un autre moyen (comme l'annulation ou la suspension des art. 85 ou 85a LP). La procédure a conduit à la vente forcée des immeubles engagés le 16 juin 2000 et à la délivrance de deux certificats d'insuffisance de gage sur lesquels la demanderesse peut valablement se fonder pour réclamer le solde de ses créances.

III. a) Selon l'art. 158 al. 1 LP, l'office des poursuites délivre au poursuivant un certificat d'insuffisance de gage lorsque le produit de la réalisation n'a pas suffi à désintéresser le créancier poursuivant.

Le certificat d'insuffisance de gage vaut, à teneur de l'art. 158 al. 3 LP, reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP et constitue ainsi un titre de mainlevée provisoire, sans avoir toutefois d'effet novatoire, la créance se fondant toujours sur les causes et les preuves originales, voire les éventuelles décisions de justice rendues en mainlevée définitive dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage antérieure (Käser, *Kurzkommentar SchKG*, 2009, n. 4 ad art. 158 LP ; Bernheim/Känzig, *Commentaire bâlois*, nn. 35 et 37 ad art. 158 LP). En effet, pour un créancier saisissant, le fondement de sa créance a été examiné et assuré, ce qui justifie de placer le certificat d'insuffisance de gage sur un pied d'égalité avec une reconnaissance de dette (Jäger/Kull/Walder, *Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 5^e éd., n. 15 ad art. 158 LP). Si la créance en cause résultait d'un jugement définitif et exécutoire, la délivrance du certificat d'insuffisance de gage ne lui fait pas perdre sa qualité de titre de mainlevée définitive (Foëx, *Commentaire romand* [ci-après : CR], n. 9 ad art. 158 LP).

Toutefois, pour Gilliéron, la rédaction de la loi est défectueuse et il faudrait restreindre les effets du certificat d'insuffisance de gage à valoir titre à la mainlevée provisoire ; il ne constitue ainsi pas un nouveau titre de créance, ni une reconnaissance de dette. En effet, le poursuivi ou le copoursuivi n'interviennent en rien dans son établissement. Ils peuvent soulever (par l'opposition au commandement de payer ou l'action en annulation ou en suspension de la poursuite), dans la poursuite ordinaire

introduite par le porteur du certificat d'insuffisance de gage, tous les moyens libératoires qu'ils ont omis de présenter ou qui n'ont pas été retenus dans la poursuite en réalisation de gage, à l'exception toutefois de ceux qui ont été rejetés par le juge dans une action au fond les opposant au poursuivant (Gilliéron, op. cit., nn. 41 et 42 ad art. 158 LP).

Au contraire de l'acte de défaut de biens, le certificat d'insuffisance de gage n'allonge pas la prescription à 20 ans (art. 149a al. 1 LP) et la créance, qui n'est plus garantie par un gage immobilier (art. 807 CC), commence à se prescrire ; en revanche, les intérêts sur le capital de la créance à découvert recommencent ou continuent à courir, pour autant que le poursuivi réponde sur l'entier de son patrimoine (Käser, op. cit., n. 5 ad 158 LP ; Jäger/Kull/Walder, op. cit., n. 8 ad art. 158 LP ; Bernheim/Känzig, op. cit., nn. 36 et 38 ad art. 158 LP ; Foëx, CR, n. 13 ad art. 158 LP ; Gilliéron, op. cit., n. 43 ad art. 158 LP).

Le certificat d'insuffisance de gage permet au créancier de procéder par voie de saisie ou de faillite, sans commandement de payer s'il agit dans le mois, pour recouvrer le solde de la dette d'un débiteur qui en répond également personnellement (Käser, op. cit., nn. 6 et 7 ad art. 158 LP ; Bernheim/Känzig, op. cit., n. 29 ad art. 158 LP ; Foëx, CR, n. 10 ad art. 158 LP). Il est même la condition de cette opération et ne peut être remplacé par une autre preuve de la perte sur la vente du gage ; le cas échéant, il appartient au créancier d'en contester l'exactitude auprès de l'autorité de surveillance (Jäger/Kull/Walder, op. cit., n. 9 ad art. 158 LP).

Le certificat d'insuffisance de gage constate le montant encore dû au créancier gagiste poursuivant – en d'autres termes que la prétention exigible déduite en poursuite en réalisation de gage n'a pas été couverte, totalement ou partiellement – et fait foi de cette indication (Foëx, CR, n. 7 ad art. 158 LP ; Gilliéron, op. cit., n.39 ad art. 158 LP). Il signifie implicitement que la prétention n'est plus garantie par un gage et constitue un titre public au sens des art. 8 al. 2 LP et 9 CC (Gilliéron, op. cit., n. 40 ad art. 158 LP). Cela a pour conséquence que les faits qui y sont constatés sont présumés exacts, mais qu'il n'est pas exclu de renverser

cette présomption ; il incombe néanmoins à celui qui conteste le contenu de ce titre d'établir les faits conduisant à s'en écarter (ATF 127 III 248, c. 3c, rés. in JT 2001 I 263 ; CCiv, 8 juillet 2004, 140/2004/DCA, c. IV).

b) Selon l'art. 842 CC, la cédule hypothécaire garantit une créance *personnelle*, ce qui signifie que, pour le législateur, le débiteur répond de cette créance non seulement sur l'objet du droit de gage, mais aussi sur tous ses biens, ce en quoi la cédule se distingue par exemple de la lettre de rente (Steinauer, op. cit., n. 2930). Le créancier peut faire valoir l'entier la créance (à savoir le montant original libellé sur le titre) incorporée dans la cédule, et c'est en vertu du rapport interne que le débiteur peut opposer par voie d'exception qu'il s'est par hypothèse acquitté d'une partie de celle-ci (ATF 105 III 128, c. 5b, JT 1981 II 75 ; TF, 1^{er} septembre 1978, arrêt paru in Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier [RNR/ZBGR] 1979, p. 106, c. 1 ; Staehelin, *Betreibung une Rechtsöffnung beim Schuldbrief*, in *Aktuelle Juristische Praxis [AJP/PJA]* 1994, pp. 1255 ss, spéc. p. 1264). Ainsi, ensuite de la réalisation de l'immeuble grevé, le gage s'éteint certes, mais, lorsque le créancier n'est pas désintéressé ou ne l'est que partiellement, la responsabilité personnelle du débiteur dérivant de la cédule subsiste, quand bien même le titre est annulé (Steinauer, op. cit., n. 2978a ; Staehelin, *Commentaire bâlois*, 3^e éd., n. 2 ad art. 842 CC, avec les références ; ATF 68 II 84, c. 1, JT 1942 I 418).

Les exceptions (*Einreden*), au contraire des objections (*Einwändungen*) qui constituent des faits empêchant la naissance du droit ou éteignant celui-ci et doivent être examinées d'office, sont des moyens permettant au débiteur de s'opposer momentanément ou définitivement au droit – existant – du créancier, moyens que ce débiteur a le choix d'invoquer ou non et qui ne peuvent par conséquent pas être retenus d'office (Tercier, *Le droit des obligations*, 3^e éd., n. 266 ; Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., pp. 34 et 35).

c) En l'espèce, les certificats d'insuffisance de gage du 20 décembre 2000 constatent que les créances sont demeurées impayées à

hauteur 305'166 fr. 75 pour celle résultant de la cédule en 1^{er} rang, et 27'450 fr. 45 pour celle résultant de la cédule en 2^{ème} rang. La défenderesse reste débitrice de ces créances et doit à la demanderesse l'entier des montants ainsi constatés, faute pour elle d'avoir soulevé dans la présente procédure d'éventuels moyens ou d'avoir rapporté la preuve que les certificats d'insuffisance de gage, présumés exacts, constatent des éléments erronés.

d) S'agissant des intérêts courant sur ces montants, l'art. 104 al. 2 CO dispose que si le contrat stipule, directement ou sous la forme d'une provision de banque périodique, un intérêt supérieur à 5 pour cent, cet intérêt plus élevé que le taux légal peut également être exigé du débiteur en demeure. L'intérêt moratoire est ainsi fixe et se réfère au passé, le législateur ayant accepté que ce taux dépasse celui du marché en vigueur pendant la demeure, ce en quoi se manifeste son aspect punitif (ATF 130 III 312, c. 7.1, JT 2005 I 260). En revanche, une éventuelle commission trimestrielle, telle celle perçue usuellement sur les comptes courants, tire son origine et son but de la relation contractuelle et ne saurait par conséquent être payée après la dénonciation du contrat (considérant 4, non publié, de l'ATF 130 III 694, dans la cause 4C.131/2004, jugée le 9 septembre 2004 ; CCiv, 24 juillet 2008, 106/2008/PMR, c. III.a).

En l'occurrence, la défenderesse est en demeure depuis la dénonciation des prêts en 1998. Les intérêts dus jusqu'à la réalisation forcée des immeubles ont été pris en compte dans le cadre de la poursuite et dans les montants arrêtés dans les certificats d'insuffisance de gage. Or, selon la doctrine, ces derniers n'interrompent pas le cours des intérêts, qu'il convient donc d'allouer dès le lendemain de la vente des immeubles le 16 juillet 2000. Quant au taux, conformément à la jurisprudence, il suivra celui dont sont convenues les parties lors du renouvellement ou de la confirmation de leurs relations bancaires des 14 et 28 octobre 1994, puisque aucun autre accord plus récent n'est allégué. Ainsi, les intérêts dus sur le reliquat du prêt hypothécaire, cédule en 1^{er} rang de 480'000 fr., soit sur 305'166 fr. 75, seront de 5,75 %, et ceux sur le reste du compte

courant, cédule en 2^{ème} rang de 100'000 fr., soit sur 27'450 fr. 45, seront de 6,75 %.

IV. En vertu de l'art. 92 CPC, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ces dépens comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 lit. a et c CPC). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le Tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986 (TAv - RSV 177.11.3). Les débours consistent dans le paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée (timbres, taxes, estampilles).

A l'issue d'un litige, le juge doit ainsi rechercher lequel des plaideurs gagne le procès et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant.

Obtenant gain de cause sur le principe et sur l'essentiel de ses conclusions chiffrées, la demanderesse a droit à des dépens, à la charge de la défenderesse, qu'il convient d'arrêter à 10'223 fr., savoir :

6'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil ;

300 fr. pour les débours de celui-ci ;

3'923 fr. en remboursement de son coupon de justice.

**Par ces motifs,
le juge instructeur,
statuant à huis clos et
par défaut de la défenderesse,
prononce :**

- I. La défenderesse A.W._____ doit payer à la demanderesse J._____ les sommes de 305'166 fr. 75 (trois cent cinq mille cent soixante-six francs et septante-cinq centimes), avec intérêt à 5,75 % l'an dès le 17 juin 2000, et 27'450 fr. 45 (vingt-sept mille quatre cent cinquante francs et quarante-cinq centimes), avec intérêt à 6,75 % l'an dès le 17 juin 2000.

- II. Les frais de justice de la demanderesse sont arrêtés à 3'923 fr. (trois mille neuf cent vingt-trois francs), non compris les frais de notification par publication officielle.

- III. La défenderesse versera à la demanderesse le montant de 10'223 fr. (dix mille deux cent vingt-trois francs) à titre de dépens.

Le juge instructeur :

Le greffier :

P. Hack

O. Peissard

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été expédié pour notification aux parties le 9 juillet 2009, lu et approuvé à huis clos, est notifié au conseil de la demanderesse, par l'envoi de photocopies, et à la défenderesse par publication dans la Feuille des avis officiels.

Les parties peuvent recourir au Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification du présent jugement en déposant au greffe de la Cour civile un acte de recours en deux exemplaires désignant le jugement attaqué et contenant leurs conclusions en nullité, ou leurs conclusions en réforme dans les cas prévus par la loi.

Le greffier :

O. Peissard